

# EMBARGOS À PENHORA NA EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL

**Sergio Bermudes**  
Advogado

## **I. Defesa na execução de título extrajudicial**

O art. 736 do Código de Processo Civil, na redação do art. 2º da Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, dispõe, literalmente, que “o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos”.

Tenha-se em mente que a norma transcrita não incide nas execuções de títulos judiciais (art. 475-N). A execução destes faz-se, depois da Lei nº 11.232, de 21 de dezembro de 2005, sob o nome de ‘cumprimento da sentença’, como uma fase do processo cognitivo (art. 475-I). A defesa do devedor do título judicial efetiva-se também no âmbito do processo de conhecimento, por meio da ‘impugnação’, já referida no § 1º do art. 475-I e no § 1º do art. 475-J, e regulada nos arts. 475-L e 475-M.

Interessante seria suscitar a discussão exorbitante, todavia, do propósito deste texto, acerca da natureza do ‘cumprimento da sentença’ e da ‘impugnação’. Tratar-se-ia apenas de duas etapas do processo cognitivo, ou seria a primeira, no conteúdo, uma ação de execução e a segunda, na essência, uma ação de ineficácia do título exequendo, ambas apenas formalmente fases do processo no qual se instauram?

Voltando ao assunto, se a execução é de título extrajudicial, opera-se a defesa do executado por meio de embargos, como se vê, claramente, no art. 736.

## 2. Exceção desnecessária

O mesmo art. 736 alterou, significativamente, a sistemática da defesa do devedor. Não faz ele da garantia do juízo uma condição dos embargos, tal como acontecia no regime anterior. Permite os embargos “independentemente de penhora, depósito ou caução”. Isto não acontece no âmbito da execução de título judicial, onde se exigem a penhora e a avaliação antes da impugnação (art. 475-J, § 1º). Essa exigência torna subsistente o instituto da exceção de pré-executividade na execução de título judicial, nas mesmas condições expostas pela doutrina, prestigiada pelos tribunais.

Irrelevante à vontade do legislador (“ocupação de psiquiatra”, no pitoresco dito atribuído ao saudoso Aliomar Baleeiro), a vontade da lei é dispensar a garantia do juízo, quando se tratar de título não emanado da função jurisdicional, e exigi-la quando a execução for de título judicial (art. 475-N), cuja criação se presume feita com obediência de todos os requisitos do devido processo legal, inclusive o contraditório e a ampla defesa (Constituição Federal, art. 5º, LIV e LV), e encerra a superior vontade estatal.

Os embargos, oponíveis com fundamento no art. 736, constituem, substancialmente, uma exceção – no mais amplo significado deste substantivo. Se a lei os admite independentemente de penhora, depósito ou caução (art. 736), e, quanto à matéria neles dedutível, dá a extensão mais elástica (art. 745, V), ela elimina a necessidade da exceção de que ora se cuida.

Desnecessário assinalar que a *ratio essendi* da exceção de pré-executividade é evitar a execução, manifestamente incabível, seja por algum aspecto do título, ou pela extensão que a ele se atribui, seja por qualquer erro evidente, relativo à situação jurídica nele consubstanciada. Para ficar no campo da ilustração, se poderiam lembrar as hipóteses em que se pretende executar sentença inexistente, ou, em que, na elaboração do cálculo, permitida pelo art. 475-B do CPC, se deturpa o dispositivo da sentença, atribuindo-se à condenação valor com ela incompatível, ou o caso da ostensiva ilegitimidade das partes da execução.

Se, no art. 736, o Código permite ao executado opor embargos, independentemente dos atos de que lhe podem advir prejuízos de grande monta, deixa de existir o motivo para a exceção de pré-executividade, tal como tem sido suscitada, pois a lei cria a oportunidade para se deduzir, nos próprios embargos, preliminarmente, a defesa que por meio da exceção se faria.

Convém atentar ao fato de que quando o art. 736 do CPC, na atual redação, diz que o executado ‘poderá’ opor embargos, ele não está dando ao devedor uma opção de deduzir essa defesa no momento indicado ou deixá-la para numa fase posterior. O verbo ‘poderá’ refere-se, exclusivamente, ao fato de que, regidos pelo princípio dispositivo, a oposição dos embargos depende da vontade do devedor, livre para deduzi-los ou não. O devedor, querendo, pode opor embargos (art. 736), assim como o réu pode contestar a ação (CPC, art. 297); o verbo ‘poder’ indicando, em ambas as normas, a possibilidade de exercício de um direito processual e não um dever, como ocorre, v.g., nas hipóteses do art. 14 do mesmo diploma.

### **3. Momento da oposição dos embargos**

O art. 738, também na nova redação, estatui que “os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias contados da data da juntada aos autos do mandado de citação”. Quanto a essa juntada, deve-se lembrar que se expedem duas vias do mandado de citação. Feita a citação, junta-se uma dessas vias aos autos (art. 738). Dessa juntada é que corre o prazo de 15 dias para a oposição dos embargos. A segunda via do mandado, o oficial de justiça a usará para a penhora de bens e avaliação deles, conforme o § 1º do art. 652. Conforme o § 3º do art. 738, nos embargos do executado não se aplica a regra do art. 191, não se duplicando, por isso, o prazo para embargar. Incidem, entretanto, nas hipóteses de que elas tratam, as normas dos quatro incisos do art. 241. Aplica-se a regra do art. 191 à impugnação, seja pela falta de norma excludente da sua incidência, seja porque essa defesa só constitui, ao menos na forma, um incidente do processo cognitivo.

Nos embargos, oponíveis no prazo de 15 dias contados da juntada do mandado de citação, o executado deverá deduzir todas as defesas que tiver. Também regido pelo princípio da eventualidade, o embargante alegará a matéria do art. 745, I a V. Quanto ao inciso II (“penhora incorreta ou avaliação errônea”), deve-se considerar o momento da penhora, como se expõe no item 5, *infra*.

A anterior redação do art. 745 avantajava a atual. Dizia-se nela, simplesmente, que “quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento”. Incabível, na nova sistemática, a menção ao art. 741.

Parece que a lei quis evitar referência ao art. 475-L, regente da impugnação ao cumprimento de título judicial. Evidentemente, se, conforme o inciso V do art. 745, o executado pode alegar, nos embargos, “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento”, tornam-se supérfluos os incisos anteriores, pois este último permite a mais ampla defesa do devedor.

Os embargos devem conter toda a matéria de defesa. Acaso não deduzida alguma, já dedutível, haverá preclusão quanto a ela. Ressalvem-se, por óbvio, as matérias que podem ser alegadas em qualquer tempo, como a falta das condições da ação e os pressupostos processuais (art. 267, § 3º), o impedimento do juiz (art. 134) e a incompetência absoluta (art. 113).

#### **4. Efeito suspensivo dos embargos**

O art. 739-A, resultante também ele da Lei nº 11.382, de 06/12/06, estabelece que “os embargos do executado não terão efeito suspensivo”. Pode o juiz, entretanto, como permite o § 1º desse mesmo artigo, atribuir tal efeito aos embargos, se a parte o requerer. A concessão do efeito suspensivo encontra-se subordinada à relevância dos fundamentos dos embargos ou ao prosseguimento da execução, capaz de causar ao executado “grave dano de difícil ou incerta reparação”. A última parte do mesmo parágrafo reza que o efeito suspensivo dos embargos pode ser concedido “desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”. A norma cria, assim, uma condição para o deferimento do efeito suspensivo.

Bem observados os §§ 1º e 6º do art. 739-A, ver-se-á que não ocorre antinomia entre aquele, que condiciona o efeito suspensivo à garantia da execução, e este, conforme o qual a concessão do efeito suspensivo “não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens”. Atente-se em que, realizada a penhora, o aperfeiçoamento dela, ou a sua eficácia, pode depender da prática de certos atos, como o registro de que trata o § 4º do art. 659. Uma coisa é a penhora; outra, os atos de efetivação dela e, obviamente, da avaliação. Não se praticam, no entanto, os atos de penhora incompatíveis com a suspensão, como aconteceriam se, já ordenada a penhora de dinheiro na conta bancária do devedor, se desse curso a essa constrição.

Não se deve confundir a concessão de efeito suspensivo do §1º do art. 739-A com o acolhimento da exceção de pré-executividade, deduzida como preliminar dos embargos. Acolhida a exceção, põe-se fim ao processo

executivo, no todo ou em parte. Ainda que a exceção não leve a tal resultado, da procedência dela deve advir, ao menos, alteração do pedido com a respectiva intimação, que abre lugar para outros embargos, decorrentes dessa transformação, se dela, especificamente, o devedor pretender defender-se.

A sistemática da execução, todavia, não impede que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, confira o efeito suspensivo aos embargos a ela opostos. Criada e posta no direito processual positivo, a possibilidade dessa suspensão pelo § 1º do art. 739-A, e complexa a matéria deduzida nos embargos, bem pode ocorrer que o juiz lhes confira o efeito suspensivo, independentemente, da penhora, do depósito ou da caução bastante, quando disso resultar risco de prejuízo grave ou irreparável. Diga-se, então, que a regra é condicionar o efeito suspensivo à garantia da execução. Admite-se, porém, a outorga desse efeito, independentemente da garantia, como ato de direção do processo pelo juiz, que não pode permitir que a execução se converta em medida punitiva do executado, nem sempre responsável pelo inadimplemento da obrigação refletida no título. Se se permite a relembração de um fato marcante, direi que vi, no escritório de advocacia paterno, no interior brasileiro, um pobre homem dizer que plantara milho e feijão para pagar uma promissória, mas o sol queimou o seu milho e a enchente afogou o seu feijão...

## **5. Penhora posterior ao prazo dos embargos**

Não será difícil acontecer e a prática forense permite afirmar a freqüente ocorrência do fato que a penhora e a avaliação, previstas no § 1º do art. 652, só se efetivem após o termo final do prazo de 15 dias do art. 738, ou que se realizem durante a fluência desse prazo, diga-se, por exemplo, no seu décimo dia. Se, como de toda a nitidez, não se pode pretender que o devedor oponha embargos contra vícios de uma penhora ou avaliação que ainda não ocorreram, também não se pode exigir que ele assim proceda relativamente à penhora ou à avaliação efetivadas durante a quinquena legal, porque isso reduziria um prazo peremptório com inequívoco prejuízo do direito de defesa, constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, LV).

Nos casos que se acabam de considerar, a solução será permitir a oposição de novos embargos do devedor porque estes embargos são o meio, previsto na lei (art. 745, II), para a defesa contra a penhora incorreta ou a avaliação errônea. Não se resiste a uma crítica à redação do inciso, pois bem se poderia falar em penhora errônea ou avaliação incorreta, dando tudo na mesma.

Nestes tempos de adaptação a uma reforma, na maior parte dispensável, descuidada e confusa na parte necessária, já se fala em mera e dissimuladora impugnação à penhora ou avaliação viciosas, feitas no curso do prazo para embargos, ou depois do seu termo final. A lei não abre espaço para isso. Não se podem corrigir defeitos da legislação instituindo-se remédio nela não previsto e ignorando-se o que ela prevê. Não é estranha ao CPC a oposição repetida de embargos, como mostra o art. 746, regente dos embargos à adjudicação, alienação ou arrematação. Se, nos termos da lei, os vícios da penhora e da avaliação se argüem por meio de embargos, devem-se opor embargos, nessas hipóteses.

Os embargos de que se trata agora se chamam, corretamente, ‘embargos à penhora’, ou ‘embargos à avaliação’, ou ainda ‘embargos à penhora e avaliação’. Embargos serão sempre oponíveis, com a natureza de ação de ineficácia do título extrajudicial exequendo, ou da penhora, ou da avaliação ilegais. Embargos serão, no conteúdo e no procedimento, não importa o nome que, por inconveniente liberalidade, se lhes dê (embargos complementares, segundos embargos, novos embargos, ou até mesmo impugnação). Afinal, se se permite recorrer a Shakespeare para pôr fecho a estas breves reflexões doutrinárias, se indagará o que há num nome, respondendo-se que aquilo a que se chama rosa por qualquer outro nome teria a mesma fragrância.